



THE UNIVERSITY *of* EDINBURGH

Edinburgh Research Explorer

Fundamentos Econômicos e Não-Econômicos Para a Defesa do Consumidor

Citation for published version:

Michelon, C 2010 'Fundamentos Econômicos e Não-Econômicos Para a Defesa do Consumidor' University of Edinburgh, School of Law, Working Papers, SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1585887>

Digital Object Identifier (DOI):

[10.2139/ssrn.1585887](https://doi.org/10.2139/ssrn.1585887)

Link:

[Link to publication record in Edinburgh Research Explorer](#)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publisher Rights Statement:

© Michelon, C. (2010). Fundamentos Econômicos e Não-Econômicos Para a Defesa do Consumidor. SSRN: University of Edinburgh, School of Law, Working Papers. doi: 10.2139/ssrn.1585887

General rights

Copyright for the publications made accessible via the Edinburgh Research Explorer is retained by the author(s) and / or other copyright owners and it is a condition of accessing these publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

The University of Edinburgh has made every reasonable effort to ensure that Edinburgh Research Explorer content complies with UK legislation. If you believe that the public display of this file breaches copyright please contact openaccess@ed.ac.uk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



University of Edinburgh

School of Law

Working Paper Series

No 2010/11

Fundamentos econômicos e não-econômicos para a defesa do consumidor

Claudio Michelin

Lecturer in Law
University of Edinburgh School of Law



This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s). If cited or quoted, reference should be made to the name(s) of the author(s), the title, the number, and the working paper series

© 2010 Claudio Michelin
Edinburgh School of Law Working Paper Series
University of Edinburgh

Abstract

Portuguese:

O presente artigo tem o objetivo singelo de contribuir para o mapeamento das relações entre filosofia e economia na fundamentação da defesa do consumidor e, em particular, do direito do consumidor. Esse objetivo modesto se cumpre por meio de dois mapas distintos, a saber, (a) um mapa das relações entre o discurso econômico e o discurso da filosofia política sobre o direito do consumidor e, (b) um mapa das relações entre direito do consumidor e argumentos sobre justiça política.

English:

This article aims at contributing to the mapping of the relationship between philosophy and economy in the foundation of consumer protection and, in particular, in consumer law. This modest objective is achieved by means of two different maps, to wit (a) a map of the relationships between the economical and politico-philosophical discourses in relation to consumer law and, (b) a map of the relations between consumer law and arguments about political justice.

Keywords

Foundations of Consumer Law

Fundamentos econômicos e não-econômicos para a defesa do consumidor¹

O presente artigo tem o objetivo singelo de contribuir para o mapeamento das relações entre filosofia e economia na fundamentação da defesa do consumidor e, em particular, do direito do consumidor. Esse objetivo modesto se cumpre por meio de dois mapas distintos, a saber, (a) um mapa das relações entre o discurso econômico e o discurso da filosofia política sobre o direito do consumidor e, (b) um mapa das relações entre direito do consumidor e argumentos sobre justiça política. Nenhum dos mapas apresentados pretende ser exaustivo ou incontroverso, mas prover um ponto focal para a discussão subsequente sobre o tema.

Tanto um quanto o outro mapa supõe um grau de unidade no direito do consumidor. Todavia, essa unidade não é imediatamente perceptível. Assim, as regras sobre responsabilidade civil por fato do produto foram vistas por alguns como fundadas em critérios de justiça² distributiva³, por outros como fundadas na justiça corretiva⁴. O mesmo vale para outros aspectos do direito do consumidor, como a regulação da publicidade ou dos contratos entre consumidor e fornecedor. Daí a necessidade de iniciar por uma discussão sobre a unidade do direito do consumidor. Esse é o objeto de análise da primeira seção desse artigo.

Na segunda seção as noções de justiça corretiva e distributiva são inseridas no debate do direito do consumidor. A primeira preocupação nesse ponto é clarificar os conceitos e a delicada relação entre justiça particular (i.e. justiça corretiva e justiça distributiva), concepções substantivas de justiça e direito positivo⁵.

A última seção procura esclarecer e discutir dois modos em que a economia pode ser considerada como elemento de um processo de justificação do direito do consumidor, quais sejam, a provisão de argumentos gerais sobre a maximização de riqueza em um determinado

¹ Este artigo se beneficiou enormemente das críticas e comentários de colegas, em particular de Luis Fernando Barzotto e de Rafael de F Valle Dresch, que me ajudaram a remediar muitos dos erros contidos em versões iniciais do meu argumento.

² As semelhanças e diferenças entre justiça distributiva e justiça corretiva serão discutidas na seção II, abaixo.

³ Ronaldo Macedo reporta sobre a tendência de diversos consumeiristas a formular o direito do consumidor do ponto de vista da justiça distributiva em R. Macedo *Contratos Relacionais e a Defesa do Consumidor* 2ª. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 231.

⁴ Em relação à responsabilidade civil por fato do produto, ver R de F Valle Dresch *Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo fato do Produto e do Serviço* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, passim.

⁵ Por “direito positivo” entenda-se aqui o direito que foi criado por uma comunidade política, seja por meio de legislação, costumes jurídicos, precedentes judiciais obrigatórios, ou outra forma de criação de direito.

grupo social e a provisão de argumentos sobre o impacto (estatístico) de certas formas de regulação nas estruturas motivacionais de agentes sociais. Esse impacto estatístico pode ser uma relevante de um argumento justificatório por meio da construção de modelos que permitem antecipar as conseqüências da introdução de regulação sobre a proteção do consumidor em diversos aspectos da vida social (e não apenas em relação à maximização da riqueza total produzida no grupo).

I – A unidade do direito do consumidor do ponto de vista de sua fundamentação

Na teoria do direito privado é evidente uma tendência a buscar um fundamento único para institutos jurídicos, para áreas do direito privado, ou mesmo para a totalidade do direito privado⁶. Teorias sobre os fundamentos da responsabilidade civil, por exemplo, são legião. Para uns, a responsabilidade civil se funda na justiça corretiva⁷, enquanto para outros, suas regras (ou parte delas) tem natureza punitiva⁸, ou puramente reparatória⁹. Para uns, a obrigatoriedade de cumprir contratos se funda na intrínseca moralidade de cumprir promesas¹⁰, enquanto para outros, o direito dos contratos obriga ao cumprimento de obrigações contratuais porque é socialmente útil que o faça¹¹.

Essa busca de um fundamento único é uma tentativa de compreender uma parte significativa de nossa experiência jurídica como uma prática coerente, ou seja, é uma tentativa de dar sentido a uma parte de nossa vida em comum. Todavia, esse fundamento comum não necessariamente subjaz a cada um dos microssistemas do ordenamento jurídico. O regramento jurídico do registro de imóveis pode estar fundado tanto em considerações relacionadas ao esquema interpretativo que chamamos: a) “justiça distributiva” - efetuando as

⁶ Sobre os três arquétipos aos quais podem ser reconduzidas as fundamentações gerais sobre o direito privado ver C Michelon “Um Ensaio sobre a Autoridade da Razão no Direito Privado” (2002) *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* v. 21, p. 101-112.

⁷ Ver, por exemplo, E. Weinrib *The Idea of Private law* (Cambridge/MS: Harvard Univ. Press, 1995), Gordley, James “The Moral Foundations of Private Law” (2002) *American journal of Jurisprudence* vol 47, p 1 ss.

⁸ Muitos autores fazem referência superficial à natureza punitiva da Responsabilidade civil sem, no entanto, discutir a tese. Para uma discussão interessante do tema, ver T. Honoré “The Morality of Tort Law” in D. Owen (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law* Oxford: OUP, 1995, p 73, 86-90.

⁹ E.g. Mazeaud, H.; Mazeaud, J.; Chabas, F. *Leçons de droit civil – Obligations: théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. II, p. 366-367.

¹⁰ A mais radical tentativa de defender essa tese se encontra no clássico livro de C. Fried *Contract as Promise* Cambridge-MS: Harvard University Press, 1981.

¹¹ Um exemplo dessas concepções de contrato pode ser encontrado em autores vinculados à *Law and Economics*, como Richard Posner (ver, entre outros, R. Posner *Economic Analysis Of Law*, 7ª. Ed Aspen Publishers, 2007, capítulo 4).

distribuições de um determinado tipo de bem feitas de acordo com algum critério de distribuição; b) “justiça corretiva” - facilitando a identificação de certas alocações de bens por outros agentes privados; c) “eficiência econômica”- gerando segurança no mercado imobiliário e facilitando investimentos no setor. É um erro procurar um fundamento único para todo e qualquer regramento jurídico que se apresenta, *prima facie*, como um todo unitário. Há critérios capazes de explicar a relativa unidade desses ramos do direito sem a necessidade de um fundamento último, ou mesmo de um fundamento único.

No caso específico do direito do consumidor esse critério não é um princípio de justiça, mas uma situação fática à qual se aplicam (potencialmente) diferentes princípios de justiça: a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Sobre essa vulnerabilidade muito já foi escrito e não se pretende adicionar muito ao cânone. Para os propósitos do presente artigo dois pontos apenas devem ser ressaltados

Em primeiro lugar, a vulnerabilidade do consumidor talvez possa ser melhor explicada como um conceito “analógico” e não como um conceito (ou como uma soma de conceitos) unívoco(s). Não se trata de identificar um critério de vulnerabilidade (econômica, de informação, etc) ou mesmo um conjunto de critérios sem uma relação interna entre si. Todos esses aspectos da vulnerabilidade do consumidor se relacionam de um modo complexo e sensível ao contexto do consumidor típico de um determinado produto ou serviço¹²).

O déficit de informação do consumidor é frequentemente relacionado a um déficit econômico que, por sua vez, não é simplesmente quantificável em relação ao poder econômico do consumidor comparado com o poder econômico da empresa¹³, mas por uma relação que se estabelece entre recursos disponíveis e que consumidor e fornecedor estão dispostos a expender no processo de levantar a informação relevante. Ou seja, a disparidade de informação da qual decorre um dever de informar qualificado para o fornecedor (p. ex. na responsabilidade por fato de produto por defeito de informação) não é simplesmente o resultado de uma diferença em poder econômico entre consumidor e fornecedor, mas uma diferença que toma em conta a relação de duas variáveis: o efetivo poder econômico de cada parte e o que se pode razoavelmente esperar que a parte despenda para obter a informação. Não é razoável esperar que um consumidor diabético, mesmo que multimilionário despenda recursos, não apenas financeiros, mas em termos de esforço na administração de recursos,

¹² Uma idéia que Pasqualotto capturou com precisão ao diferenciar as noções de consumidor médio e de consumidor típico, ver Pasqualotto, Adalberto *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p 122-125

¹³ Há obviamente muitos consumidores com mais poder econômico do que os seus fornecedores.

para testar todos os alimentos industrializados que consome com o intuito de identificar quantidades de açúcar no produto. Por outro lado é perfeitamente razoável requerer de um produtor de biscoitos que divulgue se alguma quantidade de açúcar foi utilizada na confecção do produto. Essas vulnerabilidades não apenas se somam, mas se relacionam entre si tanto por conexões causais quanto conceitualmente. De uma forma ou outra, essas vulnerabilidades estão relacionadas à noção central de que uma das partes da relação jurídica está em uma situação na qual a outra parte não se encontra, ou seja, em uma situação de sujeição parcial.

Em segundo lugar, é um erro falar de um princípio da vulnerabilidade. A vulnerabilidade é um *fato* cujas consequências normativas dependem de outras considerações valorativas e fáticas¹⁴. Sobre esse fato, diversos princípios podem ter algo a dizer e, dessa forma, podem justificar certos cursos de ação, mas o fato da vulnerabilidade não carrega em si nenhuma normatividade e argumentos no sentido contrário possuem uma natureza, no mais das vezes, puramente retórica.

Pois bem, se a unidade do direito do consumidor não deriva de um fundamento normativo único, mas da incidência de diversas razões para ação sobre um fato social, a vulnerabilidade, deve-se concluir que diferentes aspectos do direito do consumidor podem ser fundados em diversos princípios de filosofia política que, por sua vez, podem ser compreendidos a partir dos arquétipos da justiça particular, ou seja, a partir da justiça corretiva e da justiça distributiva.

II – Justiça como fundamento do direito do consumidor

Para que a referência à justiça seja algo mais do que um mero apelo emotivo, é necessário possuir certa clareza conceitual sobre diferentes aspectos da justiça. No contexto do presente artigo, serão feitas algumas distinções gerais e esquemáticas. A justiça pode ser geral e, nesse sentido diz respeito às decisões tomadas pela comunidade política sobre alocação de recursos dentro dessa comunidade.

A justiça particular, por sua vez, identifica os tipos de critérios que podem ser utilizados em decisões sobre alocação de bens. Os dois tipos gerais de critério, a partir dos quais podem ser compreendidas todas as alocações de bens feitas a indivíduos ou grupos de indivíduos que formam um subgrupo da comunidade são a igualdade proporcional (i.e. justiça

¹⁴ Um ponto discutido mais extensivamente por Jorge Cesa Ferreira da Silva no manuscrito ainda não publicado “A Vulnerabilidade do Consumidor não é um princípio” (com o autor).

distributiva) e a igualdade nominal (i.e. a justiça corretiva). Na imagem de Aristóteles, a justiça distributiva é uma igualdade entre proporções¹⁵. Da mesma forma que 1/2 é igual a 2/4, a relação entre, digamos, a nota de dois alunos deve ser igual à relação entre a qualidade de suas provas. Se um fez uma prova melhor do que o outro, a igualdade só se estabelecerá se houver uma similar diferença entre as notas atribuídas às provas. A igualdade da justiça corretiva não é desse tipo: é uma igualdade nominal, não uma igualdade de proporções¹⁶. Assim, por exemplo, a igualdade entre o valor das prestações recíprocas em uma transação comercial não se obtém em proporção a alguma característica do sujeito. O valor de um objeto em uma transação não é determinado por um critério subjetivo externo à transação. Dessa forma, a justiça corretiva não permitiria cobrar mais por canetas vendidas a bons alunos do que se cobra por canetas vendidas a maus alunos.

Ao tratar-se de distribuições, o critério em relação ao qual cada alocação deve ser feita (mérito) varia de contexto para contexto. Pode ser a noção de merecimento, como frequentemente ocorre no caso de avaliação de alunos, ou necessidade, o que pareceria apropriado para a distribuição de bens básicos como v.g. cestas básicas, ou ainda capacidade presumida de tomar decisões racionais, como acontece com o direito de votar em uma democracia que é garantido a muitos cidadãos, mas não a crianças. Aristóteles chama a todos esses critérios de *mérito* (*axia*), mas a teoria da justiça distributiva não necessita pensar nessa proporção em termos de uma retribuição por algum tipo de excelência. Como o exemplo das cestas básicas demonstra, “mérito”, no modo como teóricos da justiça distributiva tentem a utilizar a palavra, não implica necessariamente merecimento ou valor como a tradução literal de *axia* poderia levar a crer¹⁷.

¹⁵ Aristotle, *Ética à Nicomacos*, 1131a-1134b.

¹⁶ No presente texto estarei utilizando a expressão “justiça corretiva” de modo abrangente para incluir também o que Aristóteles chamou justiça “recíproca” (*Ética à Nicomacos*, 1132b31-33). Essa justiça se obtém em uma “comunidade econômica” e não supõe que tenha havido qualquer injustiça a ser corrigida. Ela orienta, por exemplo, as partes em uma transação, quando estão decidindo o preço a ser pago. Há quem sustente que essa foi uma inclusão tardia de Aristóteles e que deveríamos estar tratando de dois 3 formas de justiça particular e não de duas: j. distributiva, j. corretiva, j. recíproca (ver, por exemplo, F. Miller Jr. *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics* Oxford: OUP, 1995, p. 73-74). Me parece que á boas razões para seguir a estratégia tomista e agrupar a j. corretiva e a j. recíproca sob o manto da j. comutativa, que se opõe à j. distributiva. De toda forma, para fins desse artigo, justiça corretiva será utilizado para se referir tanto às correções (em sentido estrito) quanto à reciprocidade.

¹⁷ Para uma exposição clara dessas distinções, ver F. Miller Jr. *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics* Oxford: OUP, 1995, capítulo 3 e, em português L. F. Barzotto *Filosofia do Direito - Os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 81 ss.

Disso se pode concluir que a justiça corretiva se diferencia da justiça distributiva por três critérios, a saber: (a) a restrição no âmbito de aplicação; (b) a restrição nos critérios relevantes de distribuição; e (c) em sua natureza *ex post facto*¹⁸. Ou seja, no primeiro caso a justiça corretiva se aplica somente em transações entre partes do grupo e não em relação ao grupo como um todo, no segundo, a justiça corretiva não toma em conta o que Aristóteles chamou de “mérito” e, finalmente no último caso a justiça corretiva diz respeito a “distúrbios” em um determinado esquema alocativo.

Não se acredita que o fundamento do direito do consumidor possa ser reduzido a um desses dois aspectos da justiça particular.. Justiça corretiva e justiça distributiva não são concepções completas de justiça, ou seja, não são princípios que *regulam* certas relações sociais. As formas de justiça particular são dois esquemas interpretativos, irreduzíveis um ao outro, e essenciais para a compreensão das decisões de uma comunidade política, em particular do direito dessa comunidade política¹⁹. Do esquema interpretativo que denominamos “justiça distributiva”, por exemplo, não se pode derivar nenhum esquema de alocação de recursos. Para que isso seja possível são necessários argumentos sobre os critérios de distribuição, ou seja, o “mérito” de Aristóteles, que devem ser aplicados a cada tipo de relação social, sobre o escopo da justiça distributiva. Todavia, o conceito de justiça distributiva ajuda a compreender esses princípios substantivos de justiça presentes nas decisões de uma comunidade política como uma unidade de sentido. Sem o esquema interpretativo da justiça distributiva, algumas decisões alocativas na comunidade política não seriam propriamente compreendidas. O mesmo vale para o esquema interpretativo da justiça corretiva. Mas essas decisões não são *fundadas* em qualquer das formas de justiça particular. Para tanto, basta pensar nos seguintes exemplos.

Primeiro exemplo:

Uma parte significativa da proteção contratual do consumidor no Brasil e em outros sistemas jurídicos, é composta de regras que procuram manter o equilíbrio das prestações em transações entre consumidor e fornecedor. Assim, por exemplo, a Lei 8.078/90 fala

¹⁸ Weinrib também sugere três elementos distintivos da justiça corretiva (em relação à justiça distributiva, quais sejam *bipolarity*, *constrained standards of relevance* e *relationship to adjudication*. Meus três critérios são obviamente inspirados nos propostos por Weinrib, mas o conteúdo dos critérios (em particular do primeiro e do terceiro) é parcialmente diferente. Ver E. Weinrib *The Idea of Private law* (Cambridge/MS: Harvard Univ. Press, 1995, p. 56 ss)

¹⁹ Opinião similar pode ser encontrada em um artigo de Weinrib anterior (e em alguns sentidos superior) ao livro *The idea of Private Law*. O que não é aceitável nesse artigo é a leitura de Weinrib das causas Aristotélicas, em sua aplicação à justiça (ver Weinrib, E. Aristotle's Forms of justice *Ratio Juris*, Vol. 2, n. 3 Dec 1989 pp. 211-226)

explicitamente da invalidade de cláusulas contratuais que ameacem o “equilíbrio contratual”²⁰. Uma linguagem similar foi utilizada pela União Européia na diretiva sobre *Unfair terms in consumer contracts*²¹, cujo artigo 3º classifica como “*unfair*” a disposição contractual que “...cause um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações que surgem às partes sob o regime do contrato...”²². Nessa forma de regulação, a vulnerabilidade do consumidor não é regulada pela determinação de deveres especiais para uma parte em relação à outra ou a terceiros, mas sim pela redução do âmbito de liberdade contratual entre as partes. A restrição na possibilidade de contratação desses tipos de disposição contratual não coloca o consumidor em uma posição diferente do fornecedor, ao menos em relação aos seus deveres e poderes. Obviamente que o consumidor é privilegiado em relação ao fornecedor pela estrutura da proteção, mas a estrutura de direitos e deveres mútuos não é alterada pela regulação, i.e., as decisões que estão excluídas da esfera de possíveis decisões de um são exatamente as mesmas que estão excluídas da esfera de decisão do outro. Nem consumidor, nem fornecedor podem adotar cláusulas contratuais que prejudiquem exageradamente o consumidor.

A assimetria no tratamento jurídico procura compensar a assimetria na relação social de vulnerabilidade que lhe subjaz. Mas a relação jurídica não é em si assimétrica: o fornecedor não tem a obrigação de aceitar qualquer desvantagem exagerada *ao consumidor*. Presumivelmente essa proteção assimétrica não lhe causaria qualquer dano, dado que ele não se encontra na posição de vulnerabilidade seja econômica, de informação, de razoável priorização, etc. O que a regulação busca é a manutenção da equivalência das obrigações mútuas.

No exemplo as características centrais da justiça corretiva parecem estar presentes. Em primeiro lugar, os critérios de validade estabelecidos nessa forma de regulação têm em vista primariamente transações entre um consumidor e um fornecedor e não as relações do grupo como um todo. Isso não significa, obviamente, que a regulação não tenha um impacto sistêmico²³, mas os critérios utilizados são aplicados no interior da relação contratual. O fato de que um conjunto de transações compreendidas a partir da justiça corretiva possui impactos distributivos gerais no grupo social não é razão suficiente para considerar que essas relações

²⁰ Lei 8078/90 (art. 51, § 1º, II, que interpreta o inciso IV do mesmo artigo).

²¹ EU Council Directive 93/13/EEC de 5 de abril de 1993.

²² “...causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract...”

²³ O fato de que um conjunto de transações compreendidas a partir da justiça corretiva não

entre particulares devem ser consideradas sob a ótica da justiça distributiva. É possível que esses efeitos distributivos gerais sejam desejáveis ou indesejáveis, de acordo com critérios distributivos. Mas, esses efeitos, quando indesejáveis, podem muitas vezes ser minimizados pela imposição de outras formas de relação social que procurem compensar os efeitos ruins. Por exemplo, as formas de redistribuição levadas a cabo pelo sistema tributário aliadas ao direito que regula a repartição de benefícios sociais²⁴.

Em segundo lugar, o reconhecimento da situação de vulnerabilidade do consumidor não implica que se esteja procurando alterar uma forma de distribuição de bens por meio desta regulação de modo a implementar uma certa noção substantiva de mérito. A ênfase na manutenção do equilíbrio contratual é precisamente uma tentativa de não interferir em uma situação distributiva prévia ao contrato. O que se procura evitar com essa forma de regulação não é uma distribuição de bens em que o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, obtenha uma porção maior dos bens sociais depois do contrato do que aquela porção que tinha antes. A sua vulnerabilidade é irrelevante como *critério de distribuição*, mas é um fato que poderia gerar um distúrbio distributivo no esquema de alocação de bens prévio ao contrato. Em suma, o objetivo dessa forma de regulação é *conservar* uma distribuição de bens, não efetuar uma re-distribuição.

Finalmente, e em decorrência do que foi dito acima, a regulação sobre a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual em contratos entre consumidor e fornecedor se apresenta como um mecanismo de reação a um “distúrbio” em um determinado esquema distributivo. Em conclusão, esse aspecto da regulação protetiva ao consumidor parece ser um aspecto da justiça corretiva.

Segundo exemplo

O segundo exemplo é um aspecto da regulação da responsabilidade objetiva por defeito de produto, em particular, a regulação do dever de informar do fornecedor. Muitos dos princípios incorporados à regulação de acidentes de consumo se relacionam diretamente à justiça corretiva, e.g. as regras sobre reparação integral dos danos. Todavia, a distribuição de ônus em relação à provisão de informações sobre o produto responde a critérios de justiça distributiva. A imposição ao fornecedor de um dever de informar certas características

²⁴ A tese de que a mera constatação de que alocações feitas a partir do direito privado têm efeitos distributivos gerais não implica na necessidade de ver as relações de direito privado como sendo compreensíveis apenas por meio do esquema interpretativo da justiça distributiva é discutida por William Lucy em seu *Philosophy of Private Law* Oxford: OUP, 2006, 338-342.

básicas de seus produtos/serviços não é uma relação “bipolar” entre um consumidor e um fornecedor. A informação se dirige a uma porção maior do grupo social e tem por objetivo a distribuição de certo tipo de bem, a saber, a *informação*. Não toda e qualquer informação, obviamente, mas apenas as informações mais relevantes para a decisão do consumidor sobre se e como consumir o produto ou serviço. A relação que se estabelece aqui não é entre um consumidor e um fornecedor sobre um determinado bem .e.g. uma garrafa de refrigerante, mas uma relação mais geral entre os consumidores efetivos e potenciais de um produto e o fornecedor, na qual o fornecedor é chamado a compartilhar um bem que possui ,i.e. uma informação sobre o produto. Há também uma clara noção de “mérito” envolvida na distribuição desse bem, a saber, a necessidade do consumidor de obter a informação possuída pelo fornecedor. Se a informação é desnecessária ou mesmo prejudicial à decisão do consumidor - o que pode facilmente ocorrer no presente contexto de “fadiga de informação” perceptível em sociedades contemporâneas-, ela não necessita ser distribuída. O “mérito” aqui é a vulnerabilidade do consumidor e a distribuição estabelece uma diferença nos deveres relativos das partes com base nessa vulnerabilidade.

Aqui, as características da justiça corretiva não aparecem. A distribuição de deveres de informação obedece a critérios distributivos e não meramente corretivos²⁵.

Se os argumentos acima estão corretos, a conclusão a que se deve chegar é a de que o direito que estabelece regulação protetiva ao consumidor não está fundado em um ou outro aspecto da justiça exclusivamente. Uma fundamentação completa dependeria de uma justificação mais complexa de certas opções políticas da comunidade política. Nessa justificação deveriam constar argumentos sobre se um determinado critério de “mérito” deveria ser utilizado para decidir distribuições. Assim caberia ser decidido qual o critério de mérito adequado a uma determinada relação social, quais bens deveriam ser alocados a particulares e quais deveriam ser mantidos em comum, e que instituições teriam de ser constituídas/modificadas/extintas para compensar distorções alocativas que porventura resultassem de decisões alocativas prévias, entre outros tantos problemas. Nenhuma referência simples a uma das formas da justiça particular pode resolver esses problemas; só uma teoria substantiva da justiça pode fazê-lo. As formas da justiça particular regulam apenas

²⁵ Isso não significa que eu discorde do argumento apresentado por Rafael Dresch sobre a correlatividade do dever de informar com o direito à informação (*Fundamentos... cit*, p. 132), mas simplesmente que essa correlatividade não implica que no estabelecimento dos limites do dever de informar não se esteja tratando fundamentalmente de critérios distributivos de um bem social em uma determinada comunidade.

indiretamente as relações sociais. Não as regulam diretamente, pois são formais, mas lhes impõem um modelo a partir do qual é possível compreendê-las.

A tarefa de mapear em linhas gerais as possíveis formas de fundamentação do direito do consumidor não termina com a identificação da necessidade de uma teoria substancial, e não meramente formal, da justiça. Na verdade esse mapa estaria ainda incompleto mesmo que fosse apresentada essa concepção substancial de justiça. Caso isso ocorresse, seria necessário perguntar como considerações consequencialistas, como são tipicamente os argumentos econômicos, podem se relacionar com a fundamentação da proteção ao consumidor na justiça. Esse é o objetivo da próxima sessão.

III – O papel dos argumentos econômicos na fundamentação do Direito do Consumidor

Um dos debates mais fundamentais na ética contemporânea se trava entre éticas consequencialistas e éticas deontológicas²⁶. O primeiro modelo avalia a correção de uma ação ou de um arranjo institucional puramente pelas consequências boas ou ruins que decorrem da ação ou da adoção do arranjo institucional. No modelo puro do consequencialismo, as consequências são avaliadas no atacado, ou seja, agregando *todas* as coisas boas e ruins da ação. Se matar um inocente salvará a vida de 20 inocentes, o correto curso de ação é matar esse inocente. Éticas puramente deontológicas são focadas na idéia de dever, ou seja, de que certas ações são intrinsecamente boas ou más, independentemente das suas consequências. Tanto uma quanto outra teoria tem seus problemas e, de fato, ambas são o resultado de uma simplificação excessiva de nosso universo ético pela redução de toda experiência ética a apenas um de seus aspectos (para uma o dever, para a outra as consequências). Uma antropologia filosófica mais complexa poderia prover um sistema em que haja espaço para articular de modo racional o conflito entre dever e consequências.

No presente artigo nada até agora foi dito sobre como as consequências de adotar uma política de proteção ao consumidor podem ser tomadas em consideração em sua fundamentação. É impossível levar essa tarefa a contento no espaço de um artigo. O que é possível fazer é identificar uma classe particularmente importante de consequências e perguntar como (e se) essa classe de consequências poderia ser integrada a uma teoria da justificação do direito do consumidor. Nesta seção serão consideradas (a) as consequências

²⁶ B Williams; JCC Smart *Utilitarianism: for & against* Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp. 83 ss.

no aumento ou diminuição da riqueza total disponível em uma determinada sociedade; e (b) as consequências em termos de incentivos a agentes sociais. Tanto em um caso quanto no outro, a compreensão das consequências remete ao pensamento econômico.

Deve-se colocar uma primeira pergunta: como podem princípios econômicos ser utilizados no processo de fundamentação do direito do consumidor? Para respondê-la é necessário distinguir dois tipos de problema que esses princípios podem ser chamados a resolver.

Em primeiro lugar, há a questão de se a introdução da proteção ao consumidor, ou de algum de seus aspectos, tem impacto positivo ou negativo na existência de riqueza disponível em uma sociedade. A questão sobre a justiça particular, que foi tratada na última seção, diz apenas respeito à repartição, por critérios distributivos ou corretivos, de bens disponíveis em uma sociedade, mas não diz nada sobre como esses bens vieram a ser produzidos ou como aumentar a produção desses bens. Uma maior quantidade de riqueza em uma sociedade é algo presumivelmente bom, ainda que em certas condições possa se tornar moralmente indiferente ou mesmo ruim. Princípios econômicos podem auxiliar na compreensão do preço a ser pago, em termos de produção geral de riqueza, pela adoção de uma determinada política pública e, em particular de um sistema de defesa do consumidor. A tensão entre critérios para atribuição de bens e a maior ou menor eficiência na produção de bens é uma característica central nos debates modernos sobre políticas públicas. Mais importante para os nossos fins é o fato de que muitas das mais sofisticadas teorias da justiça contemporâneas também reconheceram essa tensão e procuraram incorporar a eficiência aos critérios de alocação de bens. Segundo o “princípio da diferença”, proposto por John Rawls como um aspecto do segundo princípio da justiça, as desigualdades na distribuição de bens em uma determinada sociedade apenas podem ser justificadas se essa desigualdade gerar benefícios aos menos favorecidos na distribuição. Nesse caso, os menos favorecidos teriam mais bens sob um regime de desigualdade do que sob um regime de igualdade²⁷. Obviamente que esse princípio só faz sentido se o valor total da riqueza social não permanecer estável, já que a desigualdade distributiva sempre prejudicaria o que recebe menos se o bolo a ser dividido permanecesse o mesmo. O que Rawls tem em vista aqui é o impacto de certos arranjos sociais distributivos nos incentivos produtivos dos agentes sociais. Se ganhar uma porção maior do bolo vai fazer o indivíduo produzir mais, de modo que a produção social seja aumentada significativamente,

²⁷ Rawls, J. *A Theory of Justice* Oxford: OUP, 1972(1971), p. 76-83, sendo que a formulação completa do segundo princípio de justiça (que contém o princípio da diferença) se encontra na p. 83.

é possível imaginar um cenário em que esse indivíduo ficaria com mais riqueza do que os outros membros do seu grupo social, mas na qual o bolo aumentou tanto que, mesmo recebendo menos do que esse indivíduo, os outros membros teriam mais do que se todos dividissem de modo perfeitamente igual um bolo menor.

A tentativa de Rawls de integrar argumentos sobre a justiça. i.e. argumentos sobre alocação. com argumentos sobre a eficiência econômica é problemática por diversas razões²⁸, mas qualquer teoria contemporânea sobre alocação justa de bens deve enfrentar o problema da eficiência produtiva. Princípios de economia não resolverão o problema de como integrar esses dois bens, justiça e eficiência, mas podem oferecer um guia para entender as eficiências ou ineficiências produtivas de certas estruturas institucionais que são desenhadas com o objetivo primário de estabelecer uma alocação de bens distributiva ou corretivamente justa. A decisão sobre o quanto de ineficiência econômica deve ser incorrido para que se viva em uma sociedade igualitária não pode ser resolvida por meio desses princípios econômicos, mas sim por meio de argumentos sobre o valor relativo de igualdade e da eficiência em certos contextos. Um dos traços mais irritantes do debate político contemporâneo é a assunção de que ineficiência econômica não pode ser aceita em nenhum nível, mesmo que o benefício em termos de outros valores (e.g. igualdade) seja imenso. Essa crença é um dos pilares sob os quais se sustenta a escola do *Law and Economics*, movimento que dominou a teoria do direito norte-americana nos últimos anos. A escolha, todavia, não é de modo algum óbvia e depende de uma avaliação cuidadosa dos bens envolvidos.

Modelos econômicos podem ser utilizados também de outra forma em argumentos sobre a fundamentação da defesa do consumidor. Muitas das ferramentas da teoria econômica são construídas por meio de uma simplificação da estrutura motivacional de agentes reais. Dessa simplificação resulta um modelo de agente racional a partir do qual economistas podem extrapolar tendências comportamentais em grupos populacionais a partir de ferramentas estatísticas. A função dessa construção de “tipos ideais” de agente é fundamentalmente a de prever o comportamento predominante em um determinado grupo social, a partir da alteração de certas variáveis. Essas ferramentas não estão conceitualmente conectadas ao ideal de maximização da riqueza produzida por uma determinada sociedade. Assim, pode-se utilizar essa modelação comportamental para compreender como outros

²⁸ Em um texto que publiquei recentemente com Fernando Atria procuramos mapear algumas das consequências do princípio da diferença (cf. C. Michelon e F. Atria “Una crítica al principio de diferencia” in A. Squella (ed) *Filosofía y Política en Rawls* Santiago do Chile: EDEVAL, 2007, 215 ss)

objetivos sociais, que não a maximização da riqueza produzida, podem ser mais facilmente atingidos. Se o objetivo é, por exemplo, melhorar a distribuição de bens em uma determinada sociedade, seria útil saber como a adoção de certas medidas poderia impactar na distribuição de bens sociais. Hipoteticamente, o aumento da proteção legislativa ao trabalhador poderia levar, dadas certas condições sociais, a uma melhor distribuição de renda e, em outras condições sociais, a uma pior distribuição de renda ,e.g. se muitos empregadores passarem de utilizar trabalho informal.

Modelos econômicos, quando bem sucedidos, ajudam a prever esse comportamento em grupos populacionais e, por extensão, ajudam a compreender se determinados modelos institucionais ,inclusive de instituições jurídicas, podem ajudar na persecução de determinados objetivos e bens sociais. Obviamente que, também nessa situação, o valor justificatório de modelos econômicos é parasitários em relação ao valor de teorias políticas sobre quais bens devem ser perseguidos e quais objetivos alcançados.

Em conclusão, a função de argumentos econômicos na fundamentação do direito do consumidor é sempre subsidiária em relação aos argumentos gerais sobre a justiça na alocação de bens e sobre o valor relativo da maximização de riqueza em um determinado grupo social.

IV - Conclusão

Princípios econômicos não oferecem fundamentações para a proteção do consumidor, mas, eventualmente, contribuem para a aplicação concreta de premissas normativas que podem efetivamente oferecer um fundamento ao direito do consumidor, em particular argumentos sobre justiça e sobre outros bens como a maximização de riqueza no grupo social. A distinção entre justiça distributiva e corretiva, ainda que essencial para a compreensão das decisões alocativas, não é fundamento suficiente para justificar essas alocações. O que é necessário são teorias substantivas sobre a justiça que “sujem as mãos” ao propor critérios alocativos adequados à situação concreta de distribuição.

Ainda que algum trabalho reste a ser feito, o argumento apresentado acima sugere um tipo de solução para a fundamentação do direito do consumidor. O seu fundamento último é uma articulação das formas de justiça particular ao redor da concepção de vulnerabilidade do consumidor. Essa articulação se dá por vezes como uma distribuição de ônus e encargos para as partes que pode ser reconduzida diretamente a critérios de justiça distributiva, em que a

igualdade é proporcional à maior ou menor vulnerabilidade de cada parte. Por vezes se dá pela redução do espectro do que pode ser decidido pelas partes, situação em que é mantida a igualdade absoluta entre as partes na transação, mas que visa a neutralizar (ou ao menos prevenir) a potencial desigualdade resultante da vulnerabilidade do consumidor. Nesses casos talvez faça sentido falar de um ideal de justiça como reciprocidade que, no argumento acima, foi subsumida à justiça corretiva. Por vezes se dá por critérios puramente corretivos (em sentido estrito), como no caso da resposta à responsabilidade civil na quantificação de danos sofridos pelo consumidor.

Subjacente a todas essas instanciações da justiça particular, permanece o fato da vulnerabilidade como elemento que articula todas elas em um objeto único de estudo que é mais do que uma simples colcha de retalhos legislativa. Em outras palavras, a unidade do direito do consumidor não resta nem na sua redutibilidade a um ou outro aspecto da justiça particular, nem no fato de que ele é um mandado da justiça universal, mas na complexa articulação da justiça particular com o fato da vulnerabilidade.

V – Bibliografia Citada

- Aristotle, *The Complete Works of Aristotle – Revised Oxford Translation Vol I* Barnes, J (ed) Princeton University Press, 1984.
- Atria, F; Michelon, C “Una crítica al principio de diferencia” in A. Squella (ed) *Filosofía y Política en Rawls* Santiago do Chile: EDEVAL, 2007, 215
- Barzotto, L F *Filosofia do Direito - Os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- Dresch, R de F Valle *Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo fato do Produto e do Serviço* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009
- Ferreira da Silva, J C “A Vulnerabilidade do Consumidor não é um princípio” (com o autor).
- Fried, C *Contract as Promise* Cambridge-MS: Harvard University Press, 1981
- Gordley, J “The Moral Foundations of Private Law” (2002) *American journal of Jurisprudence* vol 47, p 1 ss.
- Honoré, T “The Morality of Tort Law” in D. Owen (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law* Oxford: OUP, 1995, p 73 ss
- Lucy, W *Philosophy of Private Law* Oxford: OUP, 2006.
- Macedo, R *Contratos Relacionais e a Defesa do Consumidor* 2ª. ed. São Paulo: RT, 2006
- Mazeaud, Hç Mazeaud, J.; Chabas, F. *Leçons de droit civil – Obligations: théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. II
- Michelon, C “Um Ensaio sobre a Autoridade da Razão no Direito Privado” (2002) *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* v. 21, p. 101-112.
- Miller Jr., F *Nature, Justice, and Rights in Aristotle’s Politics* Oxford: OUP, 1995.

- Pasqualotto, A *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997
- Posner, R *Economic Analysis Of Law*, 7ª. Ed Aspen Publishers, 2007
- Rawls, J *A Theory of Justice* Oxford: OUP, 1972(1971)
- Weinrib, E Aristotle's Forms of justice Ratio Iuris, Vol. 2, n. 3 Dec 1989 pp. 211-226
- Weinrib, W *The Idea of Private law* Cambridge/MS: Harvard Univ. Press, 1995
- Williams, B; Smart, JCC *Utilitarianism: for & against* Cambridge: Cambridge University Press, 1973